

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE**

N°1004131

SOCIETE APX

M. Poujade
Juge des référés

Ordonnance du 8 novembre 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Vice-président,
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 22 octobre 2010, présentée pour la SOCIETE APX, dont le siège social est au 165 Bureau de la colline Bâtiment C - 8ème étage, 1 rue Royale à Saint Cloud (92210), par Me Staub du cabinet d'avocats Staub & Associés, avocat au barreau de Paris ; elle demande au juge des référés du tribunal, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la procédure de passation du marché ayant pour objet la « refonte de l'infrastructure de stockage de Nice Côte d'Azur » lancée par la communauté urbaine Nice Côte d'Azur et d'enjoindre à cette dernière, si elle entend conclure ledit marché, de reprendre la procédure de passation à compter de la remise des offres dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- de mettre à la charge de la communauté urbaine Nice Côte d'Azur une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que le motif de rejet de son offre, à savoir l'absence de renseignement dans le bordereau des prix unitaires (BPU) de deux prix pourtant bien précisés en annexe de ce document, est infondée et constitue ainsi un manquement à la concurrence qui a directement eu pour effet de la léser dès lors que son offre n'a pas été analysée ; que si l'article 35 du code des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter une offre incomplète, il appartient à ce dernier de vérifier que le renseignement qu'il croit manquant à la lecture d'un document de la candidature ou de l'offre ne se trouverait pas indiqué en réalité, de manière visible, d'une manière ou d'une autre, dans un autre document de la candidature ou de l'offre ; qu'en outre, il n'y a pas d'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'éliminer une offre lorsque sa non-conformité ne présente pas un caractère substantiel et n'altère pas le déroulement normal de la procédure et l'égalité de traitement des candidats ; qu'en l'espèce, s'il n'est pas contesté que les prix 100 et 200 ne figuraient pas dans le BPU, elle avait parfaitement renseigné ces éléments dans les annexes de ce document, dont l'objet était précisément de détailler les montants de l'offre forfaitaire de ces deux prix, ainsi que dans le devis descriptif estimatif détaillé (DDED) ; que le pouvoir adjudicateur disposait donc de toutes les informations nécessaires pour comparer son offre avec celle des autres candidats, sans qu'il y ait d'atteinte au déroulement normal de la procédure et au principe d'égalité de traitement des candidats, de sorte que ce seul oubli de report de prix dans le BPU ne justifiait pas le rejet de son offre ;

Vu, enregistré le 29 octobre 2010, le mémoire en défense présenté pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), par Me Letellier de la Selarj Symchowicz-Weissberg & Associés, avocat au barreau de Paris, qui conclut à titre principal au rejet de la requête et, à titre subsidiaire, à ce qu'il lui soit enjoint de réintégrer l'offre de la société requérante au stade de l'analyse des offres ; elle demande en outre, le versement d'une somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La CUNCA soutient que :

- à l'ouverture des offres, il a été constaté que la société requérante avait omis de remplir le bordereau des prix s'agissant des deux principaux prix ; face à une erreur aussi manifeste affectant la seule pièce financière engageant contractuellement le candidat, elle n'a eu d'autre choix que de rejeter cette offre comme incomplète, sans qu'il y ait lieu de se lancer dans des investigations supplémentaires ou de reconstituer l'offre ; dans ces conditions, le moyen tiré de l'irrégularité de cette décision d'éviction est irrecevable et mal fondé et, en tout état de cause, insusceptible d'entraîner l'annulation de la procédure ;

- ledit moyen est manifestement irrecevable puisque la société requérante n'a pu subir le moindre préjudice du fait de son éviction du marché ; en effet, un manquement aux obligations de mise en concurrence ne peut avoir lésé un candidat si ce dernier, quand bien même l'irrégularité serait corrigée, n'a aucune chance de remporter le marché ; ainsi, dès lors que le manquement n'a pu exercer d'influence sur le choix par le pouvoir adjudicateur de l'offre économiquement la plus avantageuse, il doit être écarté comme irrecevable ; le juge du référé doit donc vérifier si, mathématiquement, quand bien même le vice serait corrigé, l'écart de points identifié serait tel que le requérante n'aurait pu ou ne pourrait se voir attribuer le marché ; en l'espèce, au vu des éléments financiers avancés par la société requérante dans ses écritures et par transposition des règles d'analyse énoncées dans les documents de la consultation, cette dernière ne pouvait mathématiquement pas obtenir le marché dès lors qu'un écart objectif de 3,14 points aurait séparé son offre, si elle avait été examinée, de celle de l'attributaire sur le critère du prix ; dès lors, il n'était pas mathématiquement possible de compenser un tel écart au titre de la valeur technique de l'offre, à supposer même que la société requérante ait obtenu la note maximale à ce titre ;

- ledit moyen, qui est tiré d'un prétendu formalisme excessif dans l'appréciation du caractère irrégulier de l'offre de la société requérante, est mal fondé ; en effet, le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter une offre qui ne respecte par les exigences des documents de la consultation, aucune alternative n'étant ouverte ; ainsi, en présence d'une telle offre, l'acheteur public est lié par la simple constatation de son irrégularité et se trouve dans l'obligation de la rejeter, ne serait-ce qu'au nom du principe d'égalité de traitement des candidats ; le contrôle de la complétude de l'offre est ainsi objectif et strictement formel, le pouvoir adjudicateur devant vérifier si l'ensemble des documents ont été remis et dûment complétés, et ce sans qu'il y ait lieu de distinguer entre formalités substantielles ou non ; or, en l'espèce, la société requérante a présenté un bordereau des prix incomplet en omettant d'indiquer les deux premiers et principaux prix forfaitaires et ce, dans un document contractuel qui « fait foi et vaut engagement » au sein duquel était précisé que « toute ligne pré remplie devra être complétée par le candidat » ; au demeurant, la société requérante admet que ledit bordereau était incomplet ; ce seul constat imposait donc d'écarter son offre incomplète comme irrégulière sans qu'il soit fait usage d'un formalisme excessif ; à cet égard, il n'était pas possible de solliciter de ladite société une régularisation de son offre ;

- à supposer même que l'unique moyen soit accueilli, aucune conclusion d'annulation intégrale de la procédure ne saurait l'être ; le juge du référé précontractuel n'est en effet aucunement lié par les prétentions du requérant ; il doit au contraire, rechercher quelle serait la mesure la plus proportionnée pour régulariser le vice éventuel constaté, notamment au regard de l'intérêt général ; or, en l'espèce, le cas échéant, la procédure peut être reprise au stade de l'analyse des offres même si, une telle réintégration de l'offre de la société requérante ne changerait guère de chose puisque, mathématiquement, au regard de la notation de l'attributaire pressenti, la requérante ne pourrait être retenue ;

Vu, enregistré le 3 novembre à 10 heures 06, le mémoire présenté pour la SOCIETE APX qui tend aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; il est demandé, en outre, de porter la somme qui sera mise à la charge de la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à 4 000 euros ;

Elle soutient en outre, que :

- le moyen tiré de l'irrégularité de la décision d'éviction est recevable dès lors que le rejet de son offre comme irrégulière la lèse forcément, celle-ci n'étant pas analysée ; contrairement à ce qui est soutenu, elle a donc bien subi un préjudice du fait de son éviction du marché ;

- en ce qui concerne le bien fondé du moyen : elle a remis à l'appui de son offre, l'ensemble des documents demandés et ces documents étaient parfaitement renseignés, à la seule exception de la deuxième page du BPU dont les deux premières lignes relatives aux prix 100 et 200 n'étaient pas remplies ; ces deux prix figuraient toutefois aux annexes de ce même document ; ainsi, le pouvoir adjudicateur n'avait ni à reconstituer ces prix ni à les calculer, dès lors qu'ils figuraient clairement en annexe du BPU et étaient facilement accessibles ; au demeurant, le BPU rappelait la parfaite identité existant entre les prix figurant en annexe et ceux devant figurer dans les lignes préremplies ; en outre, ces prix figuraient également dans le devis descriptif estimatif ; ainsi, son offre contenait bien toutes les informations demandées sans qu'il soit nécessaire au pouvoir adjudicateur de procéder à un travail de recomposition voire à des investigations poussées ; il appartenait ainsi à ce dernier d'apprécier la complétude de son offre au regard de l'ensemble des documents y figurant ; en l'espèce, il ne pouvait y avoir aucun doute sur la portée de son engagement ; d'ailleurs, dans ses écritures en défense, la CUNCA compare son offre avec l'offre de la société attributaire à partir des seuls éléments initiaux ; au surplus, et contrairement à ce qui est soutenu, il était loisible au pouvoir adjudicateur, en application de l'article 59 du code des marchés publics, de lui demander de préciser son offre s'agissant d'un simple oubli de report de prix ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du tribunal désignant M. Poujadé, président, comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience publique du 3 novembre 2010 à 11 heures 30 ;

Après avoir lu le rapport et entendu :

- les observations de Maître Mairesse, avocat au barreau de Paris, pour la société requérante ;
- les observations de Maître Morice, avocat au barreau de Paris, pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur ;

Considérant que la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) a lancé, par avis de marché envoyé à la publication le 22 juin 2010 et publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) le 25 juin 2010, un appel d'offres en vue de la passation d'un marché à bons de commande ayant pour objet la « refonte de l'infrastructure de stockage informatique » ; que, par courrier du 14 octobre 2010, la société APX a été informée du rejet de son offre comme irrégulière du fait de son incomplétude au regard des exigences découlant des documents de la consultation ; que, par la présente requête, elle demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation dudit marché et d'enjoindre à la CUNCA de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres, en soutenant que son offre a été écartée à tort comme irrégulière ;

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : "Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet (...) la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...)/ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat" ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 dudit code : "Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et (...) en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat (...)" ; que l'article L. 551-10 du même code dispose : "Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 (...) sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)" ; qu'en vertu de ces dispositions, il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché public ;

Considérant qu'aux termes du I de l'article 35 du code des marchés publics : "Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : 1° Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres (...), il n'a été proposé que des offres irrégulières (...), que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...)" ; qu'aux termes du III de l'article 53 du même code : "Les offres (...) irrégulières (...) sont éliminées (...)" ; qu'aux termes du III de l'article 58 dudit code : "Les offres (...) irrégulières (...) au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5.2 du règlement de la consultation, repris à la rubrique IV.2.1) « critères d'attribution » de l'avis de marché : "L'Offre économiquement la plus avantageuse sera appréciée en fonction des critères pondérés suivants : * Le montant de l'offre au vu du devis descriptif estimatif détaillé (D.D.E.D) (...). N.B : En cas de discordance constatée entre les indications portées sur le bordereau des prix et les indications portées sur le devis descriptif estimatif détaillé, le bordereau des prix prévaudra et le montant du devis descriptif estimatif détaillé sera rectifié en conséquence. Les erreurs de multiplication, d'addition ou de report qui seraient constatées dans ce devis descriptif estimatif détaillé seront également rectifiées et, pour le jugement des offres, c'est le montant ainsi rectifié du devis descriptif estimatif détaillé qui sera pris en considération" ; que l'article 4.1.2 du règlement de la consultation prévoit : "Chaque prestataire produira un dossier complet de son projet de marché, comprenant les pièces suivantes : - L'acte d'engagement (...); - Le Bordereau des Prix Unitaires et Forfaitaires (B.P.U.F) complété, daté et signé ; - Le Devis Descriptif Estimatif Détaillé (D.D.E.D) complété ; (...)" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 4 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché : "Les documents contractuels régissant le marché sont, par ordre de priorité décroissante : * le Bordereau des Prix Unitaires et Forfaitaires (BPUF) ; * l'Acte d'Engagement (...)" ; que l'article 8 dudit CCAP stipule : "Les prix des prestations s'entendent tous frais inclus (...). Les prix 100 et 200 du bordereau de prix Unitaires et Forfaitaires (BPUF) sont forfaitaires ; ces prix sont fermes pour toute la durée du marché. Les prix des prestations figurent dans le BPUF. Les prix des prestations sur bons de commande sont unitaires et révisables (...)" ;

Considérant qu'aux termes du bordereau des prix unitaires et forfaitaires (BPUF) que devaient remplir les candidats à l'attribution du marché : "Pour le jugement des offres, il sera fait application du Devis Descriptif Estimatif Détaillé (DDED). En cas d'erreur de report entre le bordereau des prix (où les rabais et prix sont complétés) et le DDED, la formule sera recalculée par Nice Côte d'Azur en prenant comme référence le Bordereau des Prix qui fait foi et vaut engagement. Toute ligne pré remplie devra être complétée par le candidat. Les cellules qui ne s'appliquent pas à la proposition du candidat devront porter la mention N/A (non applicables) ; toutes les lignes de prix laissées blanches seront réputées gratuites (...)" ; que les candidats devaient également remplir deux annexes au sein de ce même bordereau, à savoir l'annexe n° 1 « Détail des montants de l'offre forfaitaire correspondant au prix n° 100 » qui leur permettait de détailler les éléments composant ce prix avec un total « à reporter sur le prix n° 100 » et l'annexe n° 2 « Détail des montants de l'offre forfaitaire correspondant au prix n° 200 » qui leur permettait de détailler les éléments composant ce prix avec un total « à reporter sur le prix n° 200 » ; que le DDED reprend chaque poste du BPU, pour son prix unitaire, pour obtenir un total comparable avec chacune des offres, les prix 100 et 200 étant les seuls prix forfaitaires et fermes pour la durée du marché ;

Considérant que si le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter une offre irrégulière, il lui appartient toutefois d'apprécier la régularité de cette offre sans se borner au constat de la seule absence d'un renseignement exigé par les documents de la consultation ; qu'ainsi, sous réserve du respect de l'égalité entre les entreprises candidates, l'absence de renseignement d'un prix ferme et forfaitaire dans une ligne préremplie du bordereau des prix unitaires exigé par le pouvoir adjudicateur à l'appui des offres, ne justifie pas à elle seule l'élimination de cette offre comme irrégulière dès lors que ce renseignement, sans qu'il soit raisonnablement possible de se méprendre sur sa teneur, figure effectivement dans ledit document, mais sans avoir été reporté au sein de cette ligne préremplie, ainsi que dans les autres documents composant l'offre et notamment le devis estimatif uniforme exigé par le pouvoir adjudicateur pour comparer les offres ;

Considérant qu'en l'espèce, s'il est constant que les prix n° 100 et 200 ne figuraient pas dans la ligne préremplie correspondante du BPU, il ressort des pièces du dossier que la société requérante avait simplement omis d'en reporter les montants qui figuraient toutefois clairement dans les annexes préremplies de ce document, au sein desquelles ces prix y étaient explicitement détaillés ; que ces mêmes prix figuraient également dans le devis descriptif détaillé sur la base duquel le montant des offres était apprécié ; que la teneur de l'offre de la société requérante pouvait être ainsi appréciée par le pouvoir adjudicateur sans qu'il lui soit nécessaire de solliciter ladite société aux fins de régularisation de cette omission purement formelle ; que, dans ces conditions, la seule circonstance que certaines lignes préremplies étaient « blanches », nonobstant le fait qu'elles auraient d'ailleurs dû être réputées gratuites aux termes du BPU, ne justifiait pas à elle seule l'élimination de l'offre de la société requérante comme irrégulière, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'égalité entre les entreprises candidates aurait été méconnue si cette offre avait été examinée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que la commission d'appel d'offres de la CUNCA n'était pas fondée à éliminer l'offre de la société requérante comme irrégulière ; qu'ainsi, en jugeant que cette offre était irrégulière au seul motif que « le bordereau des prix unitaires était incomplet (prix 100 et 200 non renseignés) », le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

Considérant toutefois, qu'il résulte de l'instruction qu'à supposer même que l'offre de la société requérante ait été examinée en tenant compte des mentions indiquées dans les annexes de son bordereau des prix unitaires et forfaitaires, la note qu'elle aurait obtenue sur le critère du prix aurait été en tout état de cause insuffisante pour lui permettre d'obtenir, au regard de l'autre critère d'attribution, le marché litigieux ; qu'ainsi, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, il n'est pas établi que la société requérante soit susceptible d'avoir été lésée par le manquement susanalysé dont elle ne peut, par voie de conséquence, se prévaloir utilement dans le cadre de la présente instance ; que ses conclusions à fin d'annulation ainsi que, par voie de conséquence, celles à fin d'injonction ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : "Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation" ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), qui n'est pas la partie perdante à l'instance ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société APX une somme au titre des frais exposés par la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) à l'occasion du litige ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête présentée par la SOCIETE APX est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE APX et à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA).

Fait à Nice, le 8 novembre 2010.

Le Vice-président,
Juge des référés,



A handwritten signature in black ink, appearing to be "A. Poujade", written in a cursive style.

A. Poujade

La République mande et ordonne au préfet des Alpes-Maritimes en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

*Pour expédition conforme,
P/ la greffière en chef,
La greffière,*